

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VINICIUS PEREIRA PEGUIM

A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS
EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA

CURITIBA

2017

VINICIUS PEREIRA PEGUIM

A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS
EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do diploma de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sidnei Machado

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

VINICIUS PEREIRA PEGUIM

A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS
EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA

Monografia apresentada em ____/____/____

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do diploma de
bacharel em Direito – Habilitação em Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Doutor Sidnei Machado

Professor Doutor Paulo Ricardo Opuszk

Professor Doutor Sandro Lunard Nicoladeli

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de analisar se as decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.721-3 e 1.770-4, ao definirem que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção contratual, abrangem também o caso dos empregados públicos. Procurou-se tecer argumentos favoráveis à extinção do contrato desse tipo de empregado. Para esse fim foi adotado o método da ponderação com o objetivo de harmonizar o choque entre os princípios do acesso ao emprego público e da garantia contra a despedida arbitrária, de modo que foram feitas concessões recíprocas no presente caso concreto. Foram discutidas ainda algumas particularidades que os empregados públicos possuem como a questão da derrogação parcial do direito privado pelo direito público, a acumulação entre proventos de aposentadoria e vencimentos e a estabilidade do ocupante de emprego público da Administração Direta, autárquica e fundacional por tempo indeterminado. Reflexões e pesquisas foram feitas a partir do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Palavras-Chave: Empregado público. Aposentadoria espontânea. Extinção do contrato de trabalho.

ABSTRACT

The present work intends to analyze if the decisions of the Federal Supreme Court in the Direct Actions of Unconstitutionality 1,721-3 and 1,770-4, when defining that the spontaneous retirement is not cause of contractual extinction, also cover the case of the public employees. Sought to weave favorable arguments to the extinction of the contract of this type of employee. Therefore, the method of weighting was adopted in order to harmonize the clash between the principles of access to public employment and the guarantee against arbitrary dismissal, so that reciprocal concessions were made in the present case. Were also discussed some peculiarities that public employees have as the issue of the partial derogation of private law by public law, the accumulation between retirement benefits and salaries and the stability of the occupant of public employment of the Direct Administration, autarchic and foundational for an indefinite period. Reflexions and research were made based on Constitutional Law and Administrative Law.

Keywords: Public employee. Spontaneous retirement. Termination of employment contract.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. EVOLUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO TOCANTE À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	9
2.1. Aposentadoria espontânea: conceito e espécies que se enquadram na modalidade	9
2.2. Breve histórico legal e jurisprudencial.....	14
2.3. Decisões do STF acerca do tema	18
3. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	24
3.1. Normatividade dos princípios	24
3.2. Colisão entre princípios e a técnica da ponderação.....	26
3.3. Colisão entre os princípios do acesso ao emprego público e da garantia de proteção contra a despedida arbitrária.....	33
4. PARTICULARIDADES DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS.....	40
4.1 Dos empregados públicos.....	40
4.2. Acumulação entre proventos de aposentadoria e vencimentos dos empregados públicos.....	43
4.3. Estabilidade por tempo indeterminado do ocupante de emprego público	49
5. CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

O empregado público goza de situação especial quando comparado ao empregado da iniciativa privada. Direitos, benefícios e especificidades da carreira distinguem as categorias, a exemplo da estabilidade jurisprudencialmente reconhecida em favor do empregado público da Administração Direta, autárquica e fundacional, a obrigatoriedade da prestação de concurso para ingresso no emprego público e a existência de teto remuneratório para os vencimentos do empregado público.

O empregado público e o empregado da iniciativa privada encontram-se em patamares distintos, logo, dispensar o mesmo tratamento a ambas as categorias fere o princípio da isonomia.

O presente trabalho pretende defender o posicionamento de que a aposentadoria espontânea do empregado público enseja a extinção do contrato de trabalho, diferentemente do que ocorre com o empregado da iniciativa privada, que não tem a extinção do seu vínculo empregatício como decorrência direta do pedido de aposentadoria espontânea, uma vez que o contrário autoriza o empregado público usufruir o melhor dos dois mundos.

A aposentadoria espontânea como causa da extinção do contrato de trabalho do empregado público impede a acumulação de proventos e vencimentos, acumulação esta vedada pela Constituição Federal em seu art. 37, parágrafo 10, e, ainda, atende ao princípio constitucional do acesso ao emprego público, previsto no inciso I do mesmo dispositivo constitucional.

O problema a ser discutido é se o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, ao julgar duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, abrange também os empregados públicos. Defender-se-á que ditas decisões devem se restringir aos empregados da iniciativa privada, uma vez que a ampliação desse entendimento aos empregados públicos encontra certos obstáculos tanto na Constituição Federal quanto na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que serão oportunamente destacados no desenvolvimento do trabalho.

Inicialmente será feita uma imprescindível caracterização da aposentadoria espontânea e de suas espécies, bem como a evolução legal e jurisprudencial que este instituto teve em relação à extinção dos contratos de trabalho, culminando com a inversão de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, motivado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.721-3 e 1.770-4. Estas decisões declararam a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do artigo 453 da CLT, firmando entendimento em sentido oposto ao que havia se consolidado na Corte Superior Trabalhista.

Por fim, serão expostas as conclusões com o objetivo de fomentar a discussão acerca da possibilidade do empregado público, ao se aposentar espontaneamente, ter o seu contrato de trabalho extinto, independentemente deste empregado ter ou não a intenção de permanecer trabalhando.

2. EVOLUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO TOCANTE À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

2.1. Aposentadoria espontânea: conceito e espécies que se enquadram na modalidade

Os doutrinadores, de modo geral, não dedicam um capítulo específico à aposentadoria espontânea. Assim sendo, é necessário analisar o que seria a aposentadoria em um primeiro momento, para a partir daí concluir o conceito de aposentadoria espontânea.

Castro e Lazzari assim conceituam o tema:

A aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

Em que pesem as posições de vanguarda, que sustentam a ampliação do conceito de aposentadoria a todo e qualquer indivíduo, como benefício de seguridade social, e não apenas de previdência social (atingindo somente a parcela economicamente ativa da população), o modelo majoritário de aposentadoria está intimamente ligado ao conceito de seguro social - benefício concedido mediante contribuição.¹

Em outras palavras, o benefício é uma prestação paga ao segurado que visa garantir o seu próprio sustento e o de sua família. Ele foi criado com o intuito de salvaguardar o trabalhador que não possuía mais condições físicas ou mentais de continuar a exercer a sua atividade laborativa.

E como bem salientado pelos autores, a aposentadoria é um benefício da previdência social, pois depende de prévia contribuição para a sua concessão. Diferentemente dos outros dois ramos da seguridade social, quais sejam a saúde e a assistência social. Enquanto a saúde é um direito de todos, a assistência social será prestada aos que necessitarem, independentemente de contribuição.

Partindo-se do exposto é possível concluir que a aposentadoria espontânea nada mais é que a prestação paga pela Previdência Social quando o segurado faz o pedido de forma livre e espontânea, enquanto preenche todos os requisitos previstos em lei.

¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 11ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 569.

Dentre as espécies de aposentadoria existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas algumas se caracterizam como espontâneas, são elas: aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial.

A aposentadoria por idade está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 201, §7º, inciso II, e é garantida aos homens que completarem 65 anos de idade, bem como às mulheres que completarem 60 anos de idade. Os trabalhadores rurais de ambos os sexos têm esse limite reduzido em cinco anos. O mesmo vale para o produtor rural, garimpeiro e o pescador artesanal que exerçam suas atividades em regime de economia familiar.

A matéria tem seu conteúdo regulamentado pelos artigos 48 e seguintes da Lei nº 8.213/91. A lei reforça os limites de idade já trazidos pela Constituição Federal e traz também o período de carência de 180 contribuições mensais. Entenda-se carência como sendo “o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício”, como preceitua o art. 24 da L. 8.213/91.

No que tange ao risco social, o artigo 201, I, da Constituição Federal, elegeu a “idade avançada” como um dos riscos sociais cobertos pela previdência social. Esse risco social implica uma determinada necessidade social: a perda ou diminuição da capacidade laboral e é exatamente essa necessidade social que será protegida pelo benefício em estudo.

Miguel Horvath Júnior ensina que os sistemas de seguridade social adotam dois critérios distintos para qualificar o atingimento da idade legal: um, “que adota a aposentadoria por idade como contraprestação ou recompensa pelos anos de atividade produtiva do segurado (ancianidade)”²; e o outro, “que adota a aposentadoria por idade como incapacidade presumida (senilidade)”³. Esta presunção é absoluta, dispensando prova, e foi o critério adotado pela OIT e seguido pelo Brasil.

É importante salientar que a aposentadoria por idade também pode ser requerida pela empresa quando o empregado tiver preenchido o requisito da carência e completado 70 anos de idade, se homem, ou 65 anos de idade, se mulher. Ela é

² HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 154.

³ Id. Ibid., p. 155.

conhecida como aposentadoria compulsória e, obviamente, não se enquadra como aposentadoria espontânea, haja vista que a vontade do segurado não está presente.

A aposentadoria por tempo de contribuição, por sua vez, também tem previsão constitucional. O seu art. 201, §7º, inciso I, com a nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que será devida a aposentadoria para os homens a partir de 35 anos de contribuição, assim como para as mulheres a partir de 30 anos de contribuição. A Constituição ainda traz em seu §8º que este tempo será reduzido em cinco anos se o segurado for professor na educação infantil, ensino fundamental e médio, desde que comprove o tempo de efetivo exercício exclusivo nessas funções.

Antes da referida Emenda, o benefício era conhecido como aposentadoria por tempo de serviço e era concedido de forma integral ou proporcional. No primeiro, o homem e a mulher precisavam comprovar apenas o tempo de trabalho de 35 anos e 30 anos, respectivamente. Já no segundo, bastava comprovar o trabalho por 30 anos, no caso do homem, e 25 anos, no caso da mulher.

Foi uma mudança significativa, porque não só o requisito mudou para a concessão do benefício – mero tempo de serviço para tempo de contribuição – como a modalidade de aposentadoria proporcional foi extinta para novos filiados.

O período de carência é o mesmo da aposentadoria por idade, ou seja, 180 contribuições mensais.

No que diz respeito ao risco social protegido pelo benefício, há grande discussão sobre a sua existência ou não. Fábio Zambitte Ibrahim ilustra bem o conflito de ideias da seguinte forma:

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício que sofre constantes ataques, sendo que um número razoável de especialistas defende sua extinção. Isso decorre de conclusão de não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido – o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho.

Outros defendem este benefício, já que, mesmo não tendo risco a proteger, permite uma renovação mais rápida do mercado de trabalho, o que pode ser útil em épocas de desemprego acentuado. Não obstante, o que se vê, na prática, são segurados que se aposentam por tempo de contribuição e continuam trabalhando.⁴

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 397.

Segundo o entendimento de Miguel Horvath Júnior⁵, o risco social “idade avançada”, previsto na Constituição, é protegido tanto pela aposentadoria por idade quanto pela aposentadoria por tempo de contribuição. No primeiro, presume-se que o segurado perdeu ou teve reduzida sua capacidade laboral ao atingir a idade estipulada em lei. No segundo, presume-se que o segurado homem, após 35 anos de contribuição, e mulher, após 30 anos de contribuição, esteja desgastado para continuar trabalhando.

Por fim, a aposentadoria especial vem expressa nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91. Ela é garantida ao segurado que exercer atividade laboral em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, de acordo com o caso.

A Lei nº 9.032/95 trouxe uma série de alterações ao art. 57 da Lei nº 8.213/91, dentre elas a que modifica o grupo de segurados que tem direito ao benefício. Anteriormente, bastava fazer parte de uma categoria profissional protegida pela lei para ter direito ao benefício. Após a sua vigência, passou a ser necessário que o segurado comprove a sua exposição a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. Em outras palavras, houve uma redução do número de pessoas que tem direito à aposentadoria especial. Isso porque era possível que um empregado de uma mineradora de carvão, por exemplo, atuasse na área administrativa, sem contato nenhum com agentes nocivos e, mesmo assim, pleiteasse o benefício.

Ao contrário da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, a aposentadoria especial não faz qualquer distinção entre homem e mulher no que diz respeito ao tempo de trabalho. A diferenciação em 15, 20 ou 25 anos é tão somente uma gradação em relação à nocividade do trabalho desempenhado, quanto menos tempo exigido, maior o grau de dano à saúde ou integridade física da pessoa.

No que diz respeito à carência, não há mudança em relação às outras duas. São exigidas 180 contribuições mensais para cumpri-la.

⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 144.

Por fim, o risco social protegido pelo benefício é a provável perda ou redução da capacidade laboral decorrente da exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado.

2.2. Breve histórico legal e jurisprudencial

A questão da aposentadoria espontânea extinguir ou não o contrato de trabalho é debatida há muito tempo e já passou por várias mudanças de entendimento, tanto legais quanto jurisprudenciais.

A Lei 3.807/60, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, não fazia menção alguma em seu texto original à necessidade de extinção da relação empregatícia para a obtenção da aposentadoria. No entanto, a referida lei sofreu uma série de modificações provenientes do Decreto-Lei nº 66 de 1966, e uma delas foi a alteração do §7º do art. 32. Este passou a estabelecer que a aposentadoria por tempo de serviço é devida a partir do comprovado desligamento do emprego ou efetivo afastamento da atividade.

Alguns anos depois foi publicada a Lei 5.890/73, que também trouxe algumas alterações a respeito da matéria, mas não alterou a essência do que fora estipulado anteriormente. Assim sendo, a extinção do contrato de trabalho ainda era necessária para a concessão do benefício. A inovação que ela trouxe foi estipular duas hipóteses diferentes para o seu início, *in verbis*:

Art. 10, § 3º A aposentadoria por tempo de serviço será devida:
I - a partir da data do desligamento do emprego ou da cessação da atividade, quando requerida até 180 (cento e oitenta) dias após o desligamento;
II - a partir da data da entrada do requerimento, quando solicitada após decorrido o prazo estipulado no item anterior.⁶

A seara trabalhista também sofreu mudanças. A Lei 6.204, de 29 de abril de 1975, modificou o caput do art. 453 da CLT. O texto original trazia que, caso o empregado fosse readmitido, seus períodos de trabalho prestados anteriormente à empresa seriam computados ao seu tempo de serviço, salvo no caso de dispensa por falta grave ou caso tenha recebido indenização legal. A lei manteve quase incólume o texto original, mas trouxe mais uma exceção: a aposentadoria espontânea do empregado. Desta forma, ficou claro que o requerimento do benefício ensejaria uma

⁶ BRASIL. Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências, Brasília, DF, jun. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

nova contagem de tempo de serviço se o empregado optasse por permanecer trabalhando na empresa.

A referida alteração serviu para alinhar a legislação trabalhista ao entendimento predominante do período. Como a aposentadoria espontânea tinha o condão de extinguir o contrato de trabalho, eximindo o empregador dos haveres rescisórios, nada mais justo que a soma dos períodos de trabalho ser vedada. A Súmula 21 do TST acabou sendo cancelada posteriormente, a qual dizia que “o empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço da empresa ou a ela retornar”.

Em 1980 foi publicada a Lei 6.887. Esta lei alterou o art. 5º, §3º, da Lei 3.807/60 e passou a permitir que o empregado aposentado por tempo de serviço ou idade permanecesse trabalhando ou voltasse a trabalhar mesmo após se aposentar. O dispositivo deixou evidente que não haveria necessidade de desligamento do emprego.

No entanto, a Lei 6.887/80 durou pouquíssimo tempo no ordenamento jurídico brasileiro e foi revogada pela Lei 6.950/81, que mais uma vez passou a exigir o desligamento do emprego para a concessão da aposentadoria. O seu art. 3º, aliás, é muito parecido com o já citado art. 10, §3º, da Lei 5.890/73, como pode ser percebido abaixo:

Art. 3º A aposentadoria dos segurados empregados sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho será devida:

I - a partir da data do comprovado desligamento do emprego, quando requerida antes dessa data, ou até 180 (cento e oitenta) dias após o desligamento;

II - a partir da data da entrada do requerimento, quando requerida após o prazo estipulado no item anterior.⁷

Após alguns anos sem mudanças, parecia que a matéria se consolidaria, mas não foi o que aconteceu. A Lei 8.213/91 trouxe mais uma vez a possibilidade de o empregado continuar prestando serviços após o requerimento de aposentadoria. O seu art. 49, inciso I, alínea b, estabelece que a aposentadoria será devida a partir da data do requerimento quando não houver desligamento do emprego.

⁷ BRASIL. Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981. Altera a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, fixa novo limite máximo do salário-de-contribuição previsto na Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, e dá outras providências, Brasília, DF, nov. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6950.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

Em 1997 o Congresso Nacional converteu a Medida Provisória nº 1.596-14 na Lei 9.528. Esta acrescentou dois parágrafos ao art. 453 da CLT. O primeiro parágrafo dizia que a readmissão dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, aposentados de forma espontânea, estava condicionada à prestação de novo concurso público, ou seja, dando a entender que haveria a extinção contratual. O segundo parágrafo, por sua vez, é ainda mais contundente. Este dizia que a concessão de aposentadoria ao empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, caso seja homem, ou trinta anos, se for mulher, ensejaria a extinção do vínculo empregatício.

Em virtude desta lei, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas junto ao STF e a Corte Suprema suspendeu a eficácia dos dispositivos até o julgamento final das ações. A ADIN 1.721-3 questionava a constitucionalidade do §2º, do art. 453, da CLT, enquanto que a ADIN 1.770-4 questionava o §1º do mesmo artigo.

Não obstante o STF ter concedido medida cautelar suspendendo a eficácia dos dispositivos legais, o TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 177 no ano de 2000, deixando claro o seu entendimento de que a aposentadoria espontânea extinguiu o contrato de trabalho. Assim dispunha a OJ nº 177:

A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.⁸

O Tribunal Superior do Trabalho realizou uma revisão de suas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais em 2003. A OJ nº 177 foi mantida, o que demonstra um entendimento consolidado por parte do Tribunal acerca da matéria.

Apenas em 2006 o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo a matéria, declarando inconstitucionais os §§ do art. 453 da CLT. Como a decisão do STF tem efeito vinculante, o Tribunal Superior Trabalho acabou por cancelar a Orientação Jurisprudencial nº 177. E em 2008 o TST editou uma nova Orientação Jurisprudencial, reconhecendo que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Como pode ser observado da redação da OJ 361:

⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 177. Aposentadoria espontânea. Efeitos. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 8 nov. 2000. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_161.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.⁹

Pela importância que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade tiveram sobre a matéria, é importante que a análise se aprofunde sobre o tema e é o que se fará a partir de agora.

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 361. Aposentadoria espontânea. Unicidade do contrato de trabalho. Multa de 40% do FGTS sobre todo o período. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 23 mai. 2008. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

2.3. Decisões do STF acerca do tema

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721-3 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em conjunto com o Partido Comunista do Brasil (PC do B), com o intuito de atacar o art. 3º da Medida Provisória nº 1.596-14/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, que adicionava o segundo parágrafo ao art. 453 da CLT. Assim dispunha a referida norma:

§ 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.¹⁰

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto fundamenta em seu voto que, apesar da Constituição de 88 ter acabado com a garantia “absoluta” de emprego – também conhecida como estabilidade decenal -, ela ainda protege a relação empregatícia. A Carta Magna Federal, em seu art. 7º, inciso I, outorga à lei complementar duas modalidades de proteção ao empregado, quais sejam: a instituição de hipóteses em que a demissão sem justa causa não é permitida; e a regulamentação de uma indenização paga pelo empregador ao empregado no caso de haver demissão sem justa causa.

Em que pese haver esta outorga, a própria Constituição criou algumas regras de proteção a esta relação, e o fez por meio da criação de algumas hipóteses em que a demissão sem justa causa não é permitida, são elas: o empregado sindicalizado não poderá ser dispensado a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, caso seja eleito, mesmo que suplente, até um ano após o final do seu mandato, salvo se cometer falta grave (art. 8º, VIII, CF); o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes não poderá ser dispensado de forma arbitrária, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final do seu mandato (art. 10, II, a, ADCT); e a empregada gestante não poderá ser dispensada sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto (art. 10, II, b, ADCT).

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências, Brasília, DF, dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

Assim sendo, o Ministro Carlos A. Britto entende que a Constituição conferiu uma especial proteção à continuidade das relações empregatícias, independente de ainda não ter sido criada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição Federal.

Sempre segundo o Ministro, a edição do §2º do art. 453 da CLT acabou por criar uma nova modalidade de extinção do vínculo empregatício, que não leva em consideração o cometimento de falta grave por parte do empregado e nem mesmo a vontade do empregador. Em outras palavras, isso fez com que a concessão da aposentadoria espontânea resultasse na extinção automática da relação empregado-empregador. A Constituição garante o direito à aposentadoria àqueles que cumprirem seus requisitos, então o exercício desse direito não pode colocar o trabalhador em uma situação mais desfavorável do que se tivesse cometido uma falta grave. Ao estabelecer a extinção do contrato de trabalho como consequência direta da concessão da aposentadoria, coloca-se o empregado em uma situação mais drástica do que aquela em que ele comete uma falta grave. Isso porque, ao cometer este tipo de falta, não há a extinção automática do contrato, pois o empregador tem a faculdade de perdoar a falta e manter o contrato intacto.

Outro argumento trazido no voto é a existência de relações jurídicas distintas e independentes entre si. O direito à aposentadoria é fruto de uma relação jurídica estabelecida entre o segurado e o Instituto Nacional de Seguro Social, enquanto que o empregado e o empregador estabelecem outra relação jurídica distinta. Portanto, não há que se falar em extinção do contrato de trabalho como requisito para a concessão da aposentadoria espontânea. Os requisitos para a concessão estão previstos na Constituição Federal e na Lei nº 8.213/91, dentre os quais não se encontra a extinção do vínculo empregatício.

Por fim, o Relator ainda argumenta que o §2º do art. 453 da CLT não compactua com os “valores sociais do trabalho”, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, CF). O trabalho humano ainda é tido como a base da ordem econômica, que tem por objetivo assegurar existência digna, consoante os ditames da justiça social, conforme determina o art. 170 da CF. Além de que o primado do trabalho é classificado como a base da ordem social, conforme o art. 193 da

Constituição Federal. Para melhor compreensão da questão o Ministro faz a seguinte citação dos ensinamentos de José Afonso da Silva:

Finalmente, na leitura de todos esses dispositivos há que se considerar o estuário cultural e normativo característico de toda a Constituição, em que se demarcam o primado conferido ao trabalho e as inúmeras garantias deferidas a seu titular. Como bem apontado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, o direito do trabalho ‘... ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho’. É que, para a Constituição, a República Federativa do Brasil tem como seus fundamentos, entre outros, os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV); a ordem econômica também se funda na valorização do trabalho (art. 170), ao passo que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Tudo isso, inevitavelmente, conduziria ao necessário reconhecimento do ‘... direito social ao trabalho, como condição de efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).¹¹

Por esses motivos o Ministro votou por declarar inconstitucional o §2º do art. 453 da CLT. Apesar de ser um assunto extremamente controverso, seu voto foi acompanhado pela quase totalidade dos Ministros, com exceção do Ministro Marco Aurélio.

Marco Aurélio, ao votar pela improcedência da ADIN, argumenta que não consegue visualizar um conflito entre o dispositivo em análise e qualquer preceito da Constituição. Ele diz, inclusive, que a regra da CLT encontra ressonância na Lei 8.112/90 - que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos -, ao estabelecer a vacância do cargo público e a extinção da relação jurídica na hipótese de aposentadoria (art. 33, inciso VII, Lei 8.112/90). No seu entendimento, a norma da Consolidação das Leis do Trabalho é razoável e parte de duas premissas:

A primeira de que o veio de ouro não é inesgotável. A segunda de que o mercado de trabalho é desequilibrado, com oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de empregos, já que estamos recebendo ainda força jovem – pessoas com vinte anos – e que precisamos, por ano, para atendê-la, de cerca de um milhão e duzentos mil empregos.¹²

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida na lei nº 9.528/97, que adicionou ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da aposentadoria espontânea. Procedência da ação. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 29.06.2007, p. 99 apud in Curso de direito do trabalho, 4ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 1-114.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida na lei nº 9.528/97, que adicionou ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.770-4, por sua vez, foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) em relação ao §1º do art. 453 da CLT, cuja redação é proveniente do art. 3º da Lei nº 9.528/97. O seu texto estabelecia o seguinte:

§1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.¹³

Esta era uma norma um tanto curiosa, porque qualquer das duas posições que a pessoa adotasse em relação ao tema - possibilidade de acumulação de proventos e vencimentos aos empregados públicos -, a conclusão seria a de inconstitucionalidade da norma, mesmo que por motivos diferentes. Em seu voto, o Ministro Relator Joaquim Barbosa utilizou as ótimas palavras do Ministro Moreira Alves para elucidar a questão.

Segundo Moreira Alves¹⁴, a questão da constitucionalidade do dispositivo é paradoxal, porque uma pessoa pode adotar qualquer uma das duas posições possíveis e contrárias entre si que o resultado deverá ser o mesmo: a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. De um lado, temos aqueles que entendem que a vedação de acumulação entre proventos e vencimentos não é exclusiva dos servidores públicos aposentados, devendo a vedação ser aplicada também aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, salvo se a acumulação na atividade seja permitida pela Constituição Federal. O dispositivo seria inconstitucional por permitir essa acumulação ao aposentado que fosse readmitido por concurso público. Por outro lado, há aqueles que consideram que a vedação de acumular proventos e vencimentos deve se restringir aos servidores públicos, não se estendendo

aposentadoria espontânea. Procedência da ação. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Voto: Ministro Marco Aurélio. DJ, 29.06.2007, p.109.

¹³ BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências, Brasília, DF, dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Readmissão de empregados em Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Acumulação de proventos e vencimentos. Extinção do vínculo empregatício por aposentadoria espontânea. Não-conhecimento. Inconstitucionalidade. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770-4. Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Joaquim Barbosa. DJ, 01.02.2006, p. 76-77.

aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, por entenderem que o benefício previdenciário dos servidores públicos e dos empregados públicos possui diferenças. Aqui o dispositivo seria inconstitucional por outro motivo, o de que a aposentadoria espontânea extinguiria automaticamente os contratos de trabalho, em violação aos preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho.

Joaquim Barbosa afirma que o Supremo Tribunal Federal já tem um posicionamento consolidado no sentido de vedar a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos, exceto nos casos do inciso XVI do art. 37 da Constituição, e que essa vedação abrange também os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. É um posicionamento que a Corte já vinha adotando há algum tempo e que a Emenda Constitucional nº 20, ao acrescentar o §10 ao art. 40, acabou confirmando.

Dessa forma, o dispositivo atacado pela presente ADIN deve ser declarado inconstitucional por permitir a readmissão de um empregado público que se aposentou espontaneamente, o que teria como consequência óbvia a acumulação de proventos e vencimentos, algo que a Suprema Corte considera vedado pela Constituição.

Por outro lado, também se vislumbra inconstitucionalidade em relação ao §1º do art. 453 da CLT ao considerar a aposentadoria espontânea como causa de extinção do vínculo de emprego. Como já visto no julgamento da ADIN 1.721, o empregado não pode ser penalizado com a extinção de seu contrato pelo simples exercício de um direito. Estar-se-ia criando uma forma de dispensa sem justa causa e sem indenização.

Seguindo esse raciocínio, o Relator votou pela inconstitucionalidade da norma e teve o seu voto acompanhado pelos demais Ministros, com exceção, mais uma vez, do Ministro Marco Aurélio.

Este Ministro fez menção ao seu próprio voto na ADIN 1.721, no sentido de considerar constitucional o trecho do dispositivo que prevê a extinção do contrato de emprego como consequência da concessão da aposentadoria espontânea. No entanto, considerou inconstitucional o trecho do dispositivo que faz referência ao inciso XVI do art. 37 da CF, pois, segundo ele, este inciso faz alusão apenas a cargo público e não a emprego público.

O julgamento definitivo das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade conseguiu pacificar a questão do não rompimento do vínculo empregatício no tocante aos empregados da iniciativa privada. Tanto é que o Tribunal Superior do Trabalho, como já visto anteriormente, mudou totalmente seu entendimento da matéria.

Todavia, a discussão em relação à aposentadoria espontânea dos empregados públicos ainda persiste. Não obstante a Suprema Corte entender que a Constituição veda a acumulação de proventos e vencimentos também para os empregados públicos, a matéria ainda é controversa, com o próprio Tribunal Superior do Trabalho consolidando entendimento em sentido oposto. No próximo capítulo, o presente trabalho se posicionará favoravelmente à extinção do contrato dos empregados públicos em caso de aposentadoria espontânea.

3. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. Normatividade dos princípios

Com o fim da Segunda Guerra Mundial constatou-se que o Direito não poderia ser uma mera aplicação do Direito Positivo, tendo em vista que isso não foi empecilho para o surgimento de regimes totalitários respaldados pela lei. Por sinal, um dos argumentos mais utilizados pelos acusados de crime de guerra no Tribunal de Nuremberg era o de que estavam apenas cumprindo as leis válidas em seu país.¹⁵

Por conta disso, defendeu-se uma nova forma de ver o Direito, uma forma em que o Direito não fosse baseado exclusivamente nas leis, uma vez que ele poderia ser inteiramente separado do que o senso comum entende por ética.

Os operadores do direito, todavia, não queriam que se voltasse simplesmente ao jusnaturalismo. Por mais que ele estivesse associado a um ideal de justiça, também era marcado por uma falta de cientificidade, já que o direito era tido como anterior aos homens e independente da vontade humana. E é dentro desse contexto que surge o neoconstitucionalismo. Vale ressaltar que ele não quer romper inteiramente com o positivismo, pois respeita o papel importante das leis na vida em sociedade, mas traz algo a mais em relação ao positivismo, que é a reintrodução exatamente dessa ideia de justiça. O neoconstitucionalismo promove, portanto, uma reaproximação entre o Direito e a ética.¹⁶

A real introdução de princípios foi a forma encontrada para superar o positivismo. Embora já existissem há muito tempo, foi só a partir desse momento que se reconheceu a normatividade dos princípios dentro do ordenamento jurídico e isso fez toda a diferença. Os princípios, que nada mais são do que a ideologia compartilhada por uma

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 31, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em 22 de abril de 2017.

¹⁶ Id. Ibid., p. 32.

sociedade específica, em determinado tempo e lugar, passam a ser abrigados pela Constituição de forma explícita ou até mesmo implícita. Segundo Barroso,

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁷

Nesse processo de adquirir a qualidade de norma jurídica, os princípios tiveram que superar a visão que se tinha deles até então, qual seja: a de meros mandamentos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e que não produziam efeitos. Com o novo entendimento de que possuem não só eficácia jurídica como aplicabilidade direta e imediata, os princípios foram alçados ao topo do sistema, juntamente com as regras. Logo, utilizando-se das palavras de Paulo Bonavides, os “princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.”¹⁸.

Essa mudança de paradigma trazida pelo neoconstitucionalismo fez com que a Constituição passasse a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios, em que a ideia de justiça se faz presente por meio dos princípios, que são a base para a realização dos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao Brasil, essa nova forma de ver o Direito levou mais tempo para chegar. As diversas Constituições brasileiras sempre apresentaram falta de efetividade por conta de não ser reconhecida a sua força normativa e foi só com a Constituição Federal de 1988 que se percebeu uma mudança. O texto constitucional passou, então, de mera orientação aos legisladores ordinários para o status de norma jurídica, com aplicação direta e imediata e dotado de imperatividade. Por texto, entenda-se que estão abrangidos tanto as regras como os princípios constitucionais.

Estas duas normas não são sinônimos e apresentam, portanto, características distintas. J. J. Gomes Canotilho¹⁹ utiliza vários critérios para diferenciá-los. Dentre esses critérios os dois que mais se destacam são: quanto ao grau de abstração, os

¹⁷ Id. Ibid., p. 33-34.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, p. 1086/1087.

princípios apresentariam um grau maior de abstração, enquanto que as regras teriam uma abstração de menor grau; e quanto à determinabilidade, os princípios seriam indeterminados e dependeriam de uma maior atuação do intérprete, enquanto que as regras poderiam ter uma aplicação direta, sem tanto esforço por parte do intérprete.

Robert Alexy²⁰, por sua vez, dá ênfase em uma distinção qualitativa entre princípios e regras. Para ele, os princípios são normas que, respeitadas as possibilidades jurídicas e fáticas, ordenam a realização de algo na maior medida possível. Eles podem, em decorrência disso, serem descritos como mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em diferentes graus, atentando-se sempre às possibilidades jurídicas e fáticas. Ainda segundo Alexy²¹, as regras são normas que, se válidas, exigem que seja feito exatamente o que está previsto. Elas devem ser satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, não permitem que sejam satisfeitas em graus variáveis como os princípios. O que ocorre aqui é a conhecida subsunção: caso ocorra a hipótese prevista na regra há a sua incidência, caso contrário não há que incidir.

Tanto as regras como os princípios possuem métodos próprios de solução de conflitos. Dar-se-á enfoque apenas ao choque entre princípios, pois este é o objeto do presente trabalho.

3.2. Colisão entre princípios e a técnica da ponderação

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

²¹ Id. Ibid., p. 91.

Diferentemente da colisão entre regras, que emprega um método de solução baseado no campo da validade, a colisão entre princípios soluciona o conflito no campo do valor. Assim sendo, no caso de um princípio permitir e outro proibir uma mesma situação, não se pode defender que um dos princípios é inválido. O que haverá é que, em determinado caso concreto, um dos princípios terá maior peso em relação ao outro, mas ambos continuarão a coexistir. Em outras palavras, um dos princípios terá precedência sobre o outro em determinado caso, à luz dos elementos fáticos, enquanto que a precedência poderá ser inversa em um caso distinto.

Para ilustrar a relação de precedência Alexy²² analisa um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Neste caso o tribunal observou a tensão entre o dever estatal de aplicar o direito penal e os direitos fundamentais de proteção à vida e integridade física do acusado – havia o risco deste sofrer um derrame cerebral ou um infarto caso participasse da audiência processual -, que também é um dever do Estado. A tensão entre esses dois valores não poderia ser solucionada pela precedência absoluta de um dos deveres, de modo que o conflito deveria ser resolvido através de um sopesamento dos interesses conflitantes. O intuito do sopesamento ou da ponderação é justamente definir qual desses interesses tem maior peso no caso concreto. Caso se chegue à conclusão de que os interesses do acusado possuem um peso maior do que os interesses da ação estatal, então a intervenção estatal, por meio da aplicação do direito penal, violaria o princípio da proporcionalidade e, por conseguinte, o direito fundamental do acusado. É precisamente isso que caracteriza a colisão entre princípios.

Fosse o caso de existir apenas o princípio da aplicação do direito penal não haveria problema algum e a audiência certamente seria realizada. Por outro lado, se existisse apenas o princípio da proteção à vida e à integridade física do acusado o resultado seria outro, qual seja o da audiência não ser possível. Nesses dois casos hipotéticos se pode perceber que a solução seria simples. Todavia, a realidade é que os dois coexistem e são contraditórios se levado em consideração o caso concreto

²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

descrito anteriormente. Essa contradição não faz com que um princípio invalide o outro pura e simplesmente, pois a Constituição é um sistema uno em que inexiste hierarquia entre suas normas, não valendo, portanto, o critério de resolução de conflitos por hierarquia, cuja norma superior prevalece sobre norma inferior.

Segundo Alexy²³, o método para solucionar esse tipo de conflito é por meio do que ele chama de “precedência condicionada”. Esta consiste no estabelecimento de condições em que um princípio terá precedência sobre o outro de acordo com o caso concreto. Se houver condições distintas, a precedência poderá ser resolvida de forma diversa.

Com o intuito de melhor explicar sua teoria, o referido autor fez uma esquematização do conflito entre os princípios. Utilizando ainda o exemplo do caso decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que discutiu se haveria capacidade do acusado de participar de audiência, ele estabeleceu como P1 (direito à vida e à integridade física) e P2 (operacionalidade do direito penal) os princípios colidentes. Se considerados de forma isolada os resultados seriam contraditórios, enquanto P1 chegaria à conclusão de que a audiência não deve ser realizada, P2 chegaria à conclusão de que a audiência é obrigatória. Esse conflito, em tese, poderia ser solucionado de duas formas: por uma relação de precedência incondicionada ou por meio de uma relação de precedência condicionada. A simples precedência incondicionada de P1 ou P2 não deve prevalecer, pois inexiste hierarquia entre os princípios, ou seja, um princípio não pode ser considerado mais importante que o outro. Restando, assim, o método da precedência condicionada defendido por Alexy. Este apresenta o seguinte raciocínio: um princípio prevalecerá sobre o outro apenas sob determinadas condições. Em outras palavras, um dos princípios terá maior peso que o outro se houver razões suficientes para isso, de acordo com as condições que o caso concreto trouxer. No exemplo analisado, a condição que se destaca é a seguinte: se a realização da audiência pode trazer risco à vida ou à saúde do acusado, então estaria sendo lesado seu direito fundamental, razão pela qual deveria ter P1 precedência sobre P2. Não há, portanto, uma simples precedência de um princípio sobre o outro, mas uma

²³ Id. Ibid., p. 96.

condição, que se preenchida, importa em violação a um direito fundamental, e uma vez violado um direito fundamental essa ação deve ser considerada proibida. Posto de outro modo, se determinada ação preenche a condição, então esta ação deve ser considerada proibida, pois viola direitos fundamentais, dando precedência ao outro princípio da colisão.

Como a Constituição trouxe em seu texto diversos interesses políticos protegidos, é natural que haja um choque entre essas normas. Assim, caberá ao intérprete fazer um esforço para preservar cada uma dessas normas com o intuito de manter a unidade da Constituição. O mesmo pode ser dito dos valores de conteúdo difuso trazidos pela Constituição, que também dependerão de uma atuação especial dessa figura. Levando isso em conta é possível perceber que o intérprete ganhou, evidentemente, um maior espaço com a elevação dos princípios à condição de norma constitucional e o ressurgimento do método da ponderação.

Seguindo os preceitos básicos de Alexy, Barcellos²⁴ organizou um método da ponderação de princípios mais didático e é esse que será adotado no trabalho. A autora define a ponderação como um processo que se divide em três etapas. Na primeira delas serão identificadas as normas relevantes que se encontram em conflito. Por vezes o conflito entre interesses opostos é mais visível que o conflito entre as disposições presentes no ordenamento jurídico, mas nesses casos terá que verificar se tais interesses têm embasamento em normas jurídicas. Já para as normas infraconstitucionais que estejam sendo alvo de disputa para aferir sua constitucionalidade, por conta de normas constitucionais diversas apontarem conclusões aparentemente contraditórias entre si, o processo será semelhante: serão identificados todos os elementos favoráveis ou não favoráveis à constitucionalidade da norma. As normas deverão ser agrupadas de acordo com o posicionamento que apresentam, ou seja, os enunciados normativos que indicam uma mesma solução formarão um conjunto de argumentos. O objetivo disso é facilitar a comparação que se fará posteriormente entre os elementos normativos.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57-58

Na segunda etapa serão analisadas as circunstâncias do caso concreto e a repercussão destes em relação aos elementos normativos. Por isso que o caso concreto tem tanto destaque quando se fala em ponderação de princípios. O peso que será atribuído a cada uma das normas escolhidas na primeira etapa dependerá dos fatos trazidos pelo caso concreto. Sua importância pode ser percebida da seguinte forma: a decisão do intérprete poderá variar em um ou outro sentido ainda que as mesmas normas estejam em choque, desde que as circunstâncias do caso sejam distintas. Apesar de as normas terem uma existência autônoma, é só quando entram em contato com os fatos que seu conteúdo tem sentido, de maneira que a análise dos fatos fará com que seja mais fácil apontar a extensão de cada norma em relação ao caso concreto.

A terceira e última etapa é o momento da decisão. É precisamente aqui que serão atribuídos diferentes pesos às normas. Serão examinadas as normas que foram destacadas na primeira fase e os fatos da segunda fase de forma conjunta, de modo que a distribuição de pesos feita pelo intérprete definirá qual grupo de normas prevalecerá. Após isso, o intérprete ainda fará, se possível, uma gradação de quão intensamente um grupo de normas prevalecerá sobre o outro, ou seja, será avaliado qual o grau apropriado em que a solução será aplicada. O princípio da proporcionalidade tem papel fundamental nessa etapa decisória, pois será o responsável por evitar excessos.

Como já dito anteriormente, o intérprete ganhou um maior poder com o processo da ponderação, pois cabe a ele dizer quais são as normas e os fatos relevantes, além de decidir quais elementos normativos prevalecerão sobre os demais. Todas essas etapas têm uma avaliação subjetiva por parte do intérprete. A ponderação, no entanto, não pode permitir que se faça uma interpretação sem critério algum, de modo que é necessário fazer um controle de sua legitimidade com base na argumentação desenvolvida no processo de decisão.

A argumentação atuará especificamente na terceira etapa do processo da ponderação, quando as normas e os fatos relevantes já tiverem sido selecionados. Nela é possível que duas pessoas, analisando os mesmos enunciados normativos e os

mesmos fatos, cheguem a conclusões opostas. Isso não quer dizer que uma delas está certa e a outra errada, desde que apresentem uma fundamentação consistente as duas podem ser vistas como acertadas.

Barroso e Barcellos²⁵ destacam três parâmetros elementares para realizar o controle da argumentação: o primeiro deles estabelece que a argumentação deve trazer fundamentos normativos – até mesmo implícitos – que embase determinada decisão. Em outras palavras, é indispensável que o intérprete apresente elementos jurídicos ao invés de se utilizar apenas do bom senso ou do sentido de justiça social. Em um Estado democrático de direito o Poder Judiciário não pode impor nada que não esteja previsto em lei. Assim sendo, a argumentação deve ser embasada juridicamente e não de uma forma meramente lógica ou moral.

Para que seja possível fazer um controle sobre a argumentação do intérprete é essencial que essa argumentação seja feita de forma explícita. É verdade que toda decisão judicial precisa apresentar sua motivação, mas quando essa decisão adota o processo da ponderação a motivação ganha um grau maior de importância, haja vista que o intérprete percorre um caminho muito mais complexo para se chegar a determinada conclusão. Portanto, quando o julgador utiliza a técnica da ponderação, ele deverá expor a sua linha de raciocínio e a argumentação respectiva para que seja possível fazer o controle de sua legitimidade.

O segundo parâmetro para o controle da argumentação é aquele referente à possibilidade de se universalizar os critérios adotados pelo intérprete, ou seja, os critérios adotados para solucionar um caso concreto devem também solucionar casos semelhantes, atuando como se fosse uma regra geral. A prática de universalizar os critérios para um número maior de casos concretos ajuda a perceber eventuais inconsistências da argumentação desenvolvida.

O terceiro e último parâmetro do controle da argumentação diz respeito a dois conjuntos de princípios: um deles é composto pelos princípios instrumentais de

²⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo, 2010, p. 352-354.

interpretação constitucional, como os princípios da unidade da Constituição e da proporcionalidade, por exemplo; e o outro é composto pelos princípios materiais propriamente ditos, que são aqueles princípios que possuem uma carga essencialmente ideológica, como o famoso princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Os dois conjuntos de princípios guiarão a atuação do intérprete, de modo que, havendo várias conclusões viáveis, ele deverá resguardar os princípios materiais no maior grau possível, seguindo o caminho traçado pelos princípios instrumentais.

Com base nisso o intérprete chegará a uma conclusão. Essa solução será apenas uma dentre várias possíveis para o caso, uma vez que o conflito entre direitos fundamentais não tem respostas absolutas. No entanto, a argumentação jurídica apresentada será o bastante para convencer os demais de que não foi uma decisão arbitrária, sem conexão alguma com o direito.

3.3. Colisão entre os princípios do acesso ao emprego público e da garantia de proteção contra a despedida arbitrária

O que será feito a partir de agora é a defesa de que os contratos de trabalho dos empregados públicos devem ser extintos caso haja o pedido de aposentadoria espontânea. Para se chegar a essa conclusão utilizar-se-á o método da ponderação, apresentado anteriormente, haja vista que existe um choque entre os princípios do acesso ao emprego público e da garantia de proteção contra a despedida arbitrária no presente caso concreto.

A aposentadoria espontânea pode extinguir ou não o contrato de trabalho dos empregados públicos, a depender de qual princípio o intérprete conferir maior peso dentre esses dois. Se fosse conferido maior peso ao princípio do acesso ao emprego público, a aposentadoria extinguiria o contrato de trabalho desse tipo de empregado. Por outro lado, se fosse conferido maior peso ao princípio da garantia de proteção contra a despedida arbitrária, a aposentadoria não extinguiria o contrato de trabalho. Logo, faz-se necessário o emprego do método da ponderação para resolver o conflito.

Como exposto anteriormente, o processo da ponderação pode ser dividido em três etapas. A primeira delas consiste em encontrar as normas relevantes que se encontram em conflito para a solução do problema.

A primeira norma em conflito é o princípio de acesso ao emprego público, que vem expresso na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso I, e assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.²⁶

Esta é a redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, mas convém destacar que a referida emenda apenas inseriu a parte no tocante aos estrangeiros. Assim sendo, o direito de acesso ao emprego público - pelo menos por brasileiros - é algo garantido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

O princípio da acessibilidade ao emprego público pode ser visto como um desdobramento do princípio da isonomia ou da igualdade, de modo que qualquer pessoa pode ocupar um cargo, emprego ou função pública na Administração Pública, sem distinção de qualquer natureza, desde que preencha os requisitos previstos em lei.

O acesso aos cargos e empregos públicos é, segundo Luiz Allende-Toha de Lima Bastos, “um direito fundamental de primeira dimensão, expressivo da cidadania e manifestação do princípio da igualdade jurídica, que deve ser abrangente e universal para que todos possam participar da Administração Pública.”²⁷.

A norma que se encontra em conflito com a primeira, neste caso específico, é o princípio da garantia de proteção contra a despedida arbitrária e está previsto no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.²⁸

Este dispositivo que a Constituição trouxe substituiu a estabilidade decenal prevista no artigo 492, da CLT, que garantia ao empregado com mais de dez anos de serviço a impossibilidade de ser demitido, salvo se cometesse falta grave ou por motivo de força maior. Como se pode ver, o empregado da iniciativa privada não ficou desamparado, uma vez que ele terá o direito de receber uma indenização compensatória, caso seja demitido sem justa causa. Atualmente, o empregador que demite sem justa causa deve depositar uma multa de 40% sobre o saldo dos depósitos do FGTS.

Esses dois princípios se encontram tensionados em decorrência das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 1721 e na ADI 1770, já discutidas anteriormente, que definiram o seguinte: a aposentadoria espontânea não é causa ensejadora da extinção do contrato de trabalho.

²⁷ BASTOS, Luiz Allende-Toha de Lima. Ponderação de interesses: acesso ao emprego público versus garantia de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa consistente numa indenização. Visão crítica sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado na ADIn nº 1.770-4, a respeito da não extinção do contrato de trabalho do empregado público pela aposentadoria voluntária. A&C: revista de direito administrativo e constitucional, Curitiba, v. 7, n. 28, p. 83-113, abr./jun. 2007.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Passando agora à segunda etapa do processo da ponderação, serão analisadas as circunstâncias do caso concreto e a repercussão destes em relação aos elementos normativos.

Os fatos relevantes para este caso específico são os seguintes: não haverá rescisão contratual dos empregados públicos que peçam aposentadoria de forma espontânea ao INSS, desde que se estenda o entendimento do STF na ADI 1721 também aos empregados públicos; isso, todavia, fará com que este tipo de empregado possa ficar por tempo indeterminado no emprego, pois não existe previsão de aposentadoria compulsória para eles; este entendimento, por si só, dificultará o ingresso de novas pessoas nos empregos públicos; além disso, estaremos diante de um acúmulo entre proventos e vencimentos para esses empregados; e o STF reafirmou na ADI 1770 um entendimento já consolidado no Tribunal de vedar a acumulação entre proventos e vencimentos também aos empregados públicos, conforme o art. 37, XVI, XVII e §10, da Constituição Federal.

Superada a enumeração dos fatos relevantes, faz-se necessária a demonstração de repercussão destes em relação aos elementos normativos. O STF, no julgamento da ADI 1721, decidiu que extinguir o contrato de trabalho do empregado da iniciativa privada, em decorrência do pedido de aposentadoria espontânea, seria como instituir uma nova modalidade de extinção do vínculo de emprego sem justa causa. O que, por sua vez, iria de encontro à garantia de proteção contra a despedida arbitrária, preceituada pelo art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Já no julgamento da ADI 1770, o STF trouxe dois argumentos opostos para defender a inconstitucionalidade do §1º do artigo 453 da CLT. O primeiro deles é exatamente o mesmo utilizado no julgamento da ADI anterior, ou seja, a violação da garantia contra a despedida arbitrária. O segundo argumento, e é nesse que o trabalho quer dar foco, foi no sentido de considerar ilegal a acumulação entre proventos e vencimentos não só para os ocupantes de cargos públicos como também para os empregados públicos, haja vista que estes empregos não foram contemplados como exceção à regra que veda este tipo de acumulação e que se encontra prevista no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal. Esta vedação de acumulação pode ser interpretada como um desdobramento do princípio do acesso ao emprego público, pois

permite que novas pessoas possam ocupá-lo e impede que o ocupante que se aposentou espontaneamente permaneça por tempo indeterminado no emprego.

Após essas duas etapas iniciais virá a terceira e última fase do processo da ponderação. Nela serão examinados as normas e os fatos - destacados na primeira e segunda fases, respectivamente - de forma conjunta, em que pesos distintos serão atribuídos para as normas em face do caso concreto e, assim, chegar a uma decisão.

O presente trabalho pretende harmonizar os princípios do acesso ao emprego público e da garantia de proteção contra a despedida arbitrária, de modo que ambos continuem a coexistir e não violem a unidade da Constituição.

Como bem exposto por George Felício²⁹, cada norma prevalecerá a depender do tipo de empregado. A aposentadoria espontânea não deve extinguir o contrato de trabalho dos empregados da iniciativa privada, ou seja, não há empecilho que o empregado receba tanto os proventos junto ao INSS como os vencimentos pagos por seu empregador. Esta aplicação, certamente, garante a preservação do núcleo mínimo ao princípio da garantia de proteção contra a despedida arbitrária no caso em estudo. No entanto, o mesmo entendimento não deve prevalecer quanto aos empregados públicos, que devem sim ter seus contratos de trabalho extintos. Assim, evitar-se-á que ocorra uma acumulação indesejada de proventos e vencimentos pagos pela Administração Pública - proventos junto ao INSS, uma autarquia federal e vencimentos junto à Administração Direta ou outro ente da Administração Indireta-, bem como impedirá que uma pessoa se perpetue no emprego público, em discordância ao princípio de acesso ao emprego público. É importante ressaltar que os empregados públicos possuem especificidades em relação aos empregados da iniciativa privada, de maneira que sofrem uma derrogação parcial do regime de direito privado e, portanto, não merecem ser tratados da mesma forma em uma série de questões, como a obrigatoriedade de prestação de concurso público para o ingresso no emprego (art. 37, II, da CF) e a proibição de acumulação de empregos (Art. 37, XVII, da CF). Tal

²⁹ Oliveira, George Felício Gomes de. Da aplicação prática de um método para resolver colisão entre princípios constitucionais: amplo acesso aos cargos públicos e proteção contra despedida arbitrária. Revista de Direito do Trabalho: RDT, v. 34, n. 132, p. 40, out./dez. 2008.

diferenciação também deveria ser empregada no âmbito da extinção contratual de trabalho.

O princípio da proporcionalidade tem um papel muito importante nessa terceira fase, uma vez que sua aplicação tem por objetivo evitar possíveis excessos na tomada de decisão. Seu emprego auxilia na interpretação de casos difíceis, promovendo a realização de um direito fundamental e a restrição de outro em um dado caso.

A partir de agora a solução apresentada passará pelo crivo do princípio da proporcionalidade e de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para definir o primeiro dos subprincípios, Virgílio³⁰ faz uma citação de Martin Borowski, que assim o conceitua: haverá a adequação de uma medida quando “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado”. A solução apresentada mostra-se adequada, tendo em vista que não só fomenta como alcança o objetivo, qual seja o de harmonizar a coexistência dos dois princípios. Com cada um dos princípios adquirindo um grau maior em relação ao outro a depender do tipo de empregado analisado.

Quanto ao segundo subprincípio da necessidade, Virgílio³¹ afirma que limitar “um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Em relação ao caso estudado é possível vislumbrar duas novas soluções além da proposta. A primeira seria aplicar a extinção dos contratos de trabalho tanto aos empregados da iniciativa privada quanto aos empregados públicos. Todavia, esta solução limitaria de forma demasiada o princípio da garantia de proteção contra a despedida arbitrária, dado que não seria garantido um mínimo de atuação dessa norma no caso concreto. Por sua vez, a segunda seria não aplicar a extinção dos contratos de trabalho para nenhum dos dois tipos de empregados. Esta maneira seria exatamente o inverso da primeira, de modo que o princípio do acesso ao emprego público é que ficaria muito limitado e com sua atuação

³⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

³¹ Ibid.

comprometida. Assim sendo, a maneira proposta inicialmente pode ser considerada necessária, pois é aquela que realiza o objetivo e, ao mesmo tempo, a que menos limita os direitos fundamentais em conflito.

Por fim, no que diz respeito ao terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Virgílio³² defende que este “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. A solução apresentada se mostra proporcional, pois a restrição aos direitos fundamentais, a depender do tipo de empregado, é justificada pelo peso suficiente atribuído aos motivos que fundamentam a adoção da medida. Em outras palavras, as restrições recíprocas empregadas em cada caso, com o consequente prevalecimento de uma norma em relação à outra, são responsáveis por harmonizar e permitir a realização das duas normas em conflito de forma coesa.

Faz-se necessário, ainda, fazer um controle da argumentação desenvolvida, para que se possa confirmar a consistência da fundamentação. Como já exposto anteriormente, esse controle possui três parâmetros elementares, que serão dispostos a partir de agora.

O primeiro estabelece que a fundamentação deve trazer fundamentos normativos explícitos ou até mesmo implícitos, o que garanta à argumentação um embasamento jurídico. O estudo trouxe os dispositivos constitucionais em que estão previstos os princípios do acesso ao emprego público e da garantia de proteção contra a despedida arbitrária, bem como os dispositivos acerca da acumulação entre proventos e vencimentos.

O segundo parâmetro diz respeito à possibilidade de se universalizar os critérios adotados para solucionar casos que sejam semelhantes ao analisado. Todavia, como os empregados públicos possuem um regime jurídico tão específico, com a aplicação de normas de direito privado e público, fica muito difícil vislumbrar outros casos concretos em que a solução produzida poderia ser aplicada.

Por fim, o último parâmetro prega respeito aos princípios instrumentais de interpretação constitucional e aos princípios materiais propriamente ditos na construção

³² Ibid.

da solução. O princípio instrumental mais destacado é o da proporcionalidade e foi ele o responsável por traçar o caminho que resguardasse os princípios materiais em conflito no maior grau possível.

4. PARTICULARIDADES DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS

4.1 Dos empregados públicos

O emprego público, assim como o cargo público, caracteriza-se como uma unidade de atribuições de caráter permanente. Não obstante, não podem ser considerados a mesma coisa e a principal característica que os distingue é o vínculo que o ocupante estabelece com o Estado. Enquanto o empregado público forma um vínculo contratual com a Administração Pública, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, o servidor ocupante de cargo público forma um vínculo estatutário regulado, no âmbito federal, pela Lei nº 8.112/90.

Esse vínculo contratual dos empregados públicos é matéria pacífica no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o mesmo não pode ser dito a respeito dos entes da Administração Pública que comportam este tipo de empregado em seus quadros. Celso Antônio Bandeira de Mello expõe o seu posicionamento da seguinte forma:

Nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos. Nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos.³³

A redação original do caput do art. 39 da Constituição Federal estabelecia o regime jurídico único para as pessoas jurídicas de direito público. A partir dele muitas pessoas defendiam que esse regime deveria ser apenas o de cargo público. A Emenda Constitucional nº 19 alterou a redação do referido dispositivo e o termo “regime jurídico único” deixou de fazer parte de seu texto. Em decorrência dessa alteração, ganhou força o entendimento de que o regime de emprego poderia ser adotado em conjunto com o regime de cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão liminar suspendendo a eficácia da nova redação dada ao caput do art. 39 pela Emenda Constitucional nº 19. A

³³ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 256.

decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135-4, proposta pelo PT, PDT, PC do B e PSB. O argumento para tal foi o vício de tramitação e teve como consequência a restauração do art. 39 original.

Como visto anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que é possível coexistir cargos e empregos nas pessoas jurídicas de direito público. Seu posicionamento é anterior à alteração sofrida pelo art. 39, ou seja, ele sustenta essa possibilidade apesar da redação original conter a expressão “regime jurídico único”. Segundo o autor³⁴, mesmo que a Constituição Federal traga esta expressão, por diversas vezes, refere-se a cargos e empregos no tocante à Administração direta e indireta (arts. 51, IV, 52, XIII, 61, §1º, II, “a”, e 114). Então, para responder a esse aparente conflito entre normas constitucionais, o intérprete deve pressupor que o art. 39 não impõe um único regime para todos os servidores das pessoas jurídicas de direito público. O que ele faz, na verdade, é impor que o ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e suas respectivas entidades da Administração indireta tenham o mesmo regime jurídico. A título de exemplo, o Estado do Paraná não pode adotar o regime estatutário e atribuir o regime celetista para uma de suas autarquias.

Contudo, Bandeira de Mello³⁵ faz uma ressalva quanto às atividades que podem ser atribuídas a emprego público na Administração direta, autarquias e fundações públicas. O regime normal no âmbito público deverá ser o de cargo público, enquanto que apenas atividades subalternas poderão adotar o regime de emprego. A explicação para isso é que os cargos públicos possuem uma série de garantias especiais com o propósito de proteger os servidores no desempenho de suas funções, de forma a permitir que atuem com imparcialidade e obedientes apenas ao interesse público, o que garante a ação impessoal do Estado em face de seus administrados. As atividades subalternas, como motoristas e digitadores, por exemplo, não têm o poder de comprometer a atuação impessoal do Estado, pois o âmbito de sua atuação é modesto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶, por outro lado, sustenta entendimento diverso. Para ela, a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, ao suspender a eficácia da

³⁴ Id. Ibid., p. 259-260.

³⁵ Id. Ibid., p. 264.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 664.

nova redação do art. 39 da Constituição Federal, fez com que existam apenas cargos públicos sob o regime estatutário na Administração direta, autarquias e fundações públicas. Essa conclusão decorre do já mencionado regime jurídico único presente na redação original do art. 39, que teve sua aplicação restabelecida.

O estudo adota o primeiro posicionamento por entender que o texto da Constituição Federal faz várias referências a cargos e empregos públicos em relação à administração direta e indireta. Não obstante, o regime jurídico presente na Administração direta, autarquias e fundações públicas deverá ser preferencialmente o estatutário, por ser o único regime que traz garantias especiais aos ocupantes de cargos públicos e que visam garantir a imparcialidade e a observância do interesse público.

Em que pese ser pacífico o entendimento de que os empregados públicos possuem relações empregatícias regidas pela CLT, é importante ressaltar que existe uma derrogação parcial do direito privado pelo direito público. O que significa dizer que o direito privado será aplicado se não houver uma norma de direito público regulando a matéria. Esta derrogação pode ser feita tanto pela Constituição como por leis ordinárias e complementares. Sua importância é tamanha que Di Pietro a considera “essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado.”³⁷ Como exemplo de derrogação parcial tem-se desde a exigência de lei autorizando a criação das estatais até o controle finalístico exercido pelo Estado em relação a elas. Agora, no que tange ao empregado público, a Constituição, em seu artigo 37, derroga parcialmente a legislação trabalhista das seguintes formas: há a exigência de concurso público para o ingresso nos empregos públicos; existe um teto remuneratório que precisa ser respeitado; bem como há a proibição de acumular cargos, empregos e funções. Essas derrogações são unânimes e não suscitam debates. Todavia, o mesmo não pode ser dito da proibição de acumulação entre proventos e vencimentos dos empregados públicos, como se verá adiante.

³⁷ Id. Ibid., p. 557.

4.2. Acumulação entre proventos de aposentadoria e vencimentos dos empregados públicos

Convém agora debater sobre o principal tema trazido a respeito da extinção do contrato de trabalho dos empregados públicos: a acumulação entre proventos e vencimentos. Este tema já foi muito controverso no direito brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Após as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1.721 e 1.770, pacificou-se que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho dos empregados da iniciativa privada, o que fez com que o Tribunal Superior do Trabalho mudasse o seu prévio entendimento acerca da matéria, cancelando uma Orientação Jurisprudencial que previa o contrário e editando uma outra para se coadunar com a decisão do Supremo. A situação do empregado público, todavia, permaneceu controversa, pois continuaram a aparecer decisões contrárias acerca de dita acumulação, como se pode verificar dos seguintes julgados:

TRT-PR-16-04-2013 EMPREGADO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. O Autor, contratado sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas em 16.05.86, era detentor da estabilidade conferida aos servidores públicos pela Constituição Federal de 1988, conforme artigo 41. No entanto, o motivo de seu desligamento foi a solicitação espontânea de aposentadoria junto ao Instituto Nacional da Seguridade Social, a qual lhe foi deferida. A equiparação entre regimes de trabalho do servidor público estatutário e celetista faz com que a aposentadoria espontânea dos empregados de ente da administração pública direta, como o Município de Paranaguá, implique necessária extinção do contrato de trabalho, pois não é possível ao empregado público municipal cumular os proventos da aposentadoria com os vencimentos do cargo ou emprego público, já que o § 10º do art. 37 da Carta Constitucional veda tal cumulação. Por tal razão, a aposentadoria espontânea deve ser entendida como iniciativa do empregado de romper o contrato junto à administração pública. Assim, ao Reclamante, como servidor público celetista, caberia optar por continuar trabalhando ou por se aposentar, sendo que, tendo optado por esta, considerase automaticamente encerrada a relação contratual. Recurso ordinário do Réu a que se dá provimento, no particular. (TRT-PR-00905-2012-411-09-00-9-ACO-13199-2013 - 7A. TURMA, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, Publicado no DEJT em 16-04-2013)³⁸

TRT-PR-07-02-2012 EMENTA: APOSENTADORIA ESPONTÂNEA DE EMPREGADO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O excelso Supremo Tribunal Federal (STF), na

³⁸ BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 00905-2012-411-09-00-9 - Curitiba. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=5388126>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-1770/DF-TP, reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1.º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), permitindo-se, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos. No entanto, a inconstitucionalidade do referido parágrafo não legitima a continuidade do vínculo de empregado público após a aposentadoria espontânea, por força da proibição de acumular proventos com vencimentos insculpida nos incisos XVI e XVII do artigo 37 da Constituição Federal (CF), razão pela qual não se pode considerar o empregado público injustamente despedido. Recurso ordinário da Companhia de Saneamento do Paraná - Sanepar conhecido e provido. (TRT-PR-01942-2010-652-09-00-4-ACO-05069-2012 - 3A. TURMA, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, Publicado no DEJT em 07-02-2012)³⁹

TRT-PR-18-10-2013 APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EMPREGADO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM REMUNERAÇÃO. Tratando-se de aposentadoria concedida pelo regime geral administrado pelo INSS (art. 201, CF), não incide a proibição de percepção simultânea de proventos com a remuneração de emprego do § 10 do art. 37 da Constituição Federal, o qual faz referência expressa à aposentadoria concedida aos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos (arts. 40, 42 e 142, CF), e não à obtida pelos empregados públicos. (TRT-PR-00366-2013-668-09-00-6-ACO-41658-2013 - 4A. TURMA, Relator: LUIZ CELSO NAPP, Publicado no DEJT em 18-10-2013)⁴⁰

TRT-PR-24-04-2012 EMPREGADO PÚBLICO MUNICIPAL. APOSENTADORIA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E REMUNERAÇÃO. POSSIBILIDADE. A aposentadoria, por si só, não é causa de extinção do contrato de trabalho, como já decidiu o STF ao retirar do universo jurídico os §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, por meio das ADIs 1770-4/DF e 1721-3/DF, respectivamente. Se não há extinção do contrato de trabalho, a sua prorrogação para além da data da aposentadoria não consiste em nova contratação, nem ofende, consequentemente, o disposto no art. 37, II, da CF, e na Súmula 363, do C. TST. Aplicável, ao caso, o entendimento da OJ 361, da SDI-1, do C. TST. Não se cogita, ainda, em proibição de acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo, previsto no art. 37, § 10º, da CF, conquanto tal dispositivo se refira somente aos regimes previstos nos artigos 40 (servidores públicos pertencentes a regime de previdência próprios), 42 (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) e 142 (Forças Armadas) da Constituição, não atingindo os empregados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (INSS), regulamentado pelo artigo 201, da CF. Recurso da reclamante a que se dá provimento. (TRT-PR-01013-2011-562-09-00-5-ACO-17933-2012 - 6A. TURMA, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI, Publicado no DEJT em 24-04-2012)⁴¹

³⁹ BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 01942-2010-652-09-00-4 - Curitiba. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4696973>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁴⁰ BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 00366-2013-668-09-00-6 - Curitiba. Relator: Luiz Celso Napp. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=5675302>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁴¹ BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 01013-2011-562-09-00-5 - Curitiba. Relator: Sueli Gil El-Rafihi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4838007>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

A discussão reside na interpretação do art. 37, §10, da CF, inserido pela Emenda Constitucional nº 20, de 1.998, que assim dispõe:

Art. 37 (...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.⁴²

Enquanto um grupo defendia que tal dispositivo vedava a acumulação de proventos de aposentadoria com os vencimentos de emprego público, o outro grupo entendia de forma diversa. Este último defendia o seguinte: o referido dispositivo faz menção apenas aos regimes de aposentadoria dos servidores públicos, dos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e das Forças Armadas, de modo que os empregados públicos não são abarcados por essa vedação constitucional.

Nos últimos anos, o segundo entendimento acabou por prevalecer no Tribunal Superior do Trabalho, o que contribuiu para que a matéria se pacificasse também nos Tribunais Regionais do Trabalho. Eis alguns julgados recentes da Corte Superior Trabalhista:

RECURSO DE REVISTA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. REMUNERAÇÃO POR EMPREGO PÚBLICO. CUMULAÇÃO. I. O art. 37, § 10, da Constituição Federal veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes dos arts. 40 (servidores públicos), 42 (polícias militares e corpos de bombeiros militares) e 142 (Forças Armadas) daquele diploma com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Depreende-se desse dispositivo constitucional que a proibição de acumulação de proventos com remuneração se aplica somente àqueles que exercem cargo, emprego ou função pública e que se aposentam de acordo com regime específico de aposentadoria, o que não é o caso dos autos, pois está consignado que o Reclamante, empregado público, recebe proventos de aposentadoria na forma do Regime Geral de Previdência Social. Nessa hipótese, não há óbice à percepção simultânea do salário pago em razão do exercício de emprego público e dos proventos de aposentadoria, conforme vem decidindo reiteradamente esta Corte Superior. Decisão regional em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal. II. Recurso de revista de que não se conhece. (Processo: RR - 1582-50.2011.5.12.0047 Data de Julgamento: 12/08/2015, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).⁴³

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴³ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista nº 1582-50.2011.5.12.0047 - Distrito Federal. Relatora: Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highli>

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Deixa-se de apreciar a preliminar, nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, quando se constata a possibilidade de julgamento do mérito do recurso favorável ao recorrente. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA PELO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NÃO É CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS E REMUNERAÇÃO. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. O TRT afastou a declaração de nulidade da dispensa da reclamante e afirmou que não faz jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Nesse contexto, a decisão do Regional contraria a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 e a Súmula nº 390, I, ambas do TST. Esta Corte também tem decidido que a Constituição Federal não veda a cumulação dos proventos pagos pelo Regime Geral da Previdência Social com a remuneração do servidor público celetista. Precedentes. Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame do tema remanescente. (Processo: RR - 396-11.2011.5.02.0066 Data de Julgamento: 26/08/2015, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).⁴⁴

Não obstante a jurisprudência trabalhista caminhar neste sentido, esta não deve ser considerada, *data venia*, a interpretação mais acertada. O legislador constituinte não só vedou a acumulação de cargos, empregos e funções, ele vedou a acumulação de duas ou mais remunerações, uma das quais proveniente do exercício regular do posto ocupado e outra de aposentadoria. Enquanto os vencimentos são recebidos como uma contraprestação do trabalho prestado pelo servidor público decorrentes de um exercício atual, os proventos decorrem de um exercício passado. No entanto, tanto um como o outro constituem remuneração. Se o legislador proibiu o acúmulo de duas remunerações enquanto na atividade, salvo as hipóteses previstas na Constituição, por que permitiria o acúmulo na inatividade desses mesmos cargos, empregos ou funções? O objetivo da norma é justamente evitar que haja o duplo ganho por parte do servidor.

ght=true&numeroFormatado=RR%20-%201582-

50.2011.5.12.0047&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMejAAM&dataPublicacao=28/08/2015&localPublicacao=DEJT&query={aposentadoria%20and%20espont%20E2nea}>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁴⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista nº 396-11.2011.5.02.0066 - Distrito Federal. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highli>ght=true&numeroFormatado=RR%20-%20396-

11.2011.5.02.0066&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMe0AAO&dataPublicacao=28/08/2015&localPublicacao=DEJT&query={aposentadoria%20and%20espont%20E2nea}>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

O acúmulo de proventos e vencimentos só deve ser permitido, portanto, quando os cargos forem acumuláveis legalmente na atividade.

Dado que a regra geral é proibir a acumulação, o texto constitucional deveria ter feito uma exceção, de forma expressa, em relação ao empregado público, assim como o fez em relação aos cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão.

Um argumento utilizado em defesa da acumulação de proventos e vencimentos dos empregados públicos é o de que as regras contidas no art. 37, incisos XVI, XVII e §10, da Constituição Federal, por serem restritivas de direitos, deveriam ser interpretadas restritivamente. Todavia, não se pode esquecer que a regra geral que esses dispositivos trazem é a de inacumulabilidade, ou seja, a interpretação restritiva deve se dar em relação às suas exceções, em respeito ao preceito clássico *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis* ("interpretam-se as exceções estritissimamente"). Segundo Carlos Maximiliano, esta regra de interpretação tem sua origem

nos institutos jurídicos de Roma, que proibiam estender disposições excepcionais, e assim denominavam as do Direito exorbitante, anormal ou anômalo, isto é, os preceitos estabelecidos contra a razão de Direito; limitava-lhes o alcance, por serem um mal, embora mal necessário.⁴⁵

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proíbe este tipo de acúmulo. A Suprema Corte consolidou entendimento de que a acumulação de proventos e vencimentos só é permitida quando os cargos, funções e empregos forem acumuláveis na atividade (art. 37, XVI e XVII). Esta interpretação prevaleceu antes mesmo de a Emenda Constitucional nº 20/98 adicionar o §10 ao artigo 37 da Constituição Federal. Pelo menos desde 1994, com o julgamento do RE 163.204 (Relator Ministro Carlos Velloso), a Corte tem entendido dessa forma, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS E VENCIMENTOS: ACUMULAÇÃO. C.F., art. 37, XVI, XVII. I. - A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. C.F., art. 37, XVI, XVII; art. 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual à que está inscrita no art. 37, XVI, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no

⁴⁵ Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano. - Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 192.

sentido da impossibilidade da acumulação de proventos e vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis. (...) ⁴⁶

Nesse sentido, estão aqui alguns dos precedentes reiterados da Casa (RE 463.028, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma; AI 484.756-AgR, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma; ADI 1.328, rel. min. Ellen Gracie; RE 141.376, rel. min. Néri da Silveira, Segunda Turma; e RE 197.699, rel. min. Marco Aurélio).

A adição do §10 ao art. 37 da Constituição serviu justamente para confirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Se o referido dispositivo constitucional deixa margem a interpretações distintas, como já exposto anteriormente, o mesmo não pode ser dito do art. 118, §3º, da Lei Federal nº 8.112 de 1.990, incluído pela Lei nº 9.527 de 1.997. Este dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 118 (...)

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. ⁴⁷

Apesar desta Lei regular o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais, o §3º do art. 118 faz referência expressa ao empregado público, estendendo a ele a vedação de acumulação de proventos de inatividade e vencimentos. Razão pela qual tal prática não deve ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 163.204-6 - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214228>>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais., Brasília, DF, dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

4.3. Estabilidade por tempo indeterminado do ocupante de emprego público

A não extinção do contrato de trabalho dos empregados públicos em virtude do pedido de aposentadoria espontâneo traz outra consequência indesejada: a estabilidade por tempo indeterminado desses empregados dentro da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

O Tribunal Superior do Trabalho consagrou seu entendimento acerca da matéria na Súmula 390, que assim dispõe:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)⁴⁸

A Corte Superior Trabalhista ampliou a estabilidade garantida a ocupantes de cargos públicos, prevista no art. 41 da Constituição Federal, aos ocupantes de empregos públicos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Tal ampliação, no entanto, não alcançou os empregados de empresa pública e sociedade de economia mista, de maneira que estes ainda podem ser demitidos, observada uma ressalva: a demissão deverá ser motivada, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 589.998).

Assim sendo, defender-se-á a impossibilidade de dita estabilidade também para os empregados do primeiro grupo.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 390. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 25 abr. 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 10 jun. 2017.

Ao estender a estabilidade dos servidores públicos a esse grupo de empregados, tem-se uma situação, como diz Ricardo Rodrigues Ferreira⁴⁹, em que “o beneficiário original da norma na mesma condição ou situação do empregado público não detém a garantia que a ele está sendo reconhecida extensivamente.”

Em outras palavras, o servidor público estatutário, aquele a que a norma se refere originalmente, terá a aposentadoria como o ponto final de sua estabilidade. Ao se aposentar, ocorrerá automaticamente a vacância do cargo, conforme o art. 33, VII, da Lei 8.112/90, que dispõe o seguinte:

Art. 33 A vacância do cargo público decorrerá de:

(...)

VII - aposentadoria;⁵⁰

Seguindo esse raciocínio, como reconhecer a estabilidade após a aposentadoria aos ocupantes de empregos públicos se nem mesmo os servidores estatutários, beneficiários originais da norma, possuem-na? Não deveria ser possível que um direito reconhecido a um grupo por meio de interpretação extensiva de uma norma possa garantir algo que a interpretação originária não garante.

Uma vez reconhecida a estabilidade aos empregados públicos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, estar-se-á garantindo a esses empregados o melhor dos dois mundos, ou melhor, todos os direitos provenientes da CLT, bem como a estabilidade, que será em condição ainda mais benéfica que a estabilidade garantida aos servidores estatutários.

⁴⁹ FERREIRA, Ricardo Rodrigues. A aposentadoria espontânea do empregado público como fator impeditivo para a aplicação da Súmula 390, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 77, n. 8, p. 940-949, ago. 2013.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais., Brasília, DF, dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

5. CONCLUSÃO

A questão aqui discutida surgiu a partir dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.721-3 e 1.770-4 pelo Supremo Tribunal Federal, que declararam a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º, do artigo 453, da CLT, firmando a interpretação de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, em sentido oposto ao que o Tribunal Superior do Trabalho já havia pacificado em relação à matéria.

O trabalho concluiu que as referidas decisões devem se limitar aos empregados da iniciativa privada, não abrangendo os empregados públicos. Para se chegar a esta conclusão foi utilizado o método da ponderação de princípios, uma vez que havia o choque entre dois princípios no caso concreto: o princípio do acesso ao emprego público e o da garantia de proteção contra a despedida arbitrária.

Como não há hierarquia entre princípios no ordenamento jurídico brasileiro, foram feitas concessões recíprocas, à luz do presente caso concreto, com o intuito de sacrificar o mínimo possível de cada uma das normas em choque, conferindo um peso maior ou menor a elas de acordo com o empregado em questão. A garantia de proteção contra a despedida arbitrária tem sua esfera mínima de atuação resguardada no caso do empregado da iniciativa privada, uma vez que sua aplicação não encontra nenhum obstáculo. No caso do empregado público, por outro lado, foi conferido um peso maior ao acesso ao emprego público, uma vez que se defendeu a impossibilidade de acumulação entre proventos de inatividade e vencimentos para este tipo específico de empregado. A interpretação neste sentido decorreu de uma leitura restritiva das exceções previstas do artigo 37, §10, da Constituição Federal, em respeito à regra geral da inacumulabilidade.

Por fim, a não extinção do contrato de trabalho dos empregados públicos em virtude da aposentadoria espontânea traz ainda outro problema. Como o Tribunal Superior do Trabalho estendeu a estabilidade dos ocupantes de cargos públicos aos empregados públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional, há a criação de uma estabilidade por tempo indeterminado ao empregado público, em situação claramente mais benéfica que a do beneficiário original da norma.

REFERÊNCIAS

- 1 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 11ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 569.
- 2 HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 154.
- 3 Id. Ibid., p. 155.
- 4 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 397.
- 5 HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 144.
- 6 BRASIL. Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências, Brasília, DF, jun. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.
- 7 BRASIL. Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981. Altera a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, fixa novo limite máximo do salário-de-contribuição previsto na Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, e dá outras providências, Brasília, DF, nov. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6950.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.
- 8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 177. Aposentadoria espontânea. Efeitos. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 8 nov. 2000. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_161.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.
- 9 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 361. Aposentadoria espontânea. Unicidade do contrato de trabalho. Multa de 40% do FGTS sobre todo o período. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 23 mai. 2008. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.
- 10 BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências, Brasília, DF, dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.
- 11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida na lei nº 9.528/97, que adicionou ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da aposentadoria espontânea. Procedência da ação. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático

Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 29.06.2007, p. 99 apud in Curso de direito do trabalho, 4ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 1-114.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida na lei nº 9.528/97, que adicionou ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da aposentadoria espontânea. Procedência da ação. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3. Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Voto: Ministro Marco Aurélio. DJ, 29.06.2007, p.109.

13 BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências, Brasília, DF, dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Readmissão de empregados em Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Acumulação de proventos e vencimentos. Extinção do vínculo empregatício por aposentadoria espontânea. Não-conhecimento. Inconstitucionalidade. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770-4. Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Joaquim Barbosa. DJ, 01.02.2006, p. 76-77.

15 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 31, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em 22 de abril de 2017.

16 Id. Ibid., p. 32.

17 Id. Ibid., p. 33-34.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271.

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, p. 1086/1087.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

21 Id. Ibid., p. 91.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

23 Id. Ibid., p. 96.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57-58.

25 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Interpretação Constitucional. São Paulo, 2010, p. 352-354.

26 BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

27 BASTOS, Luiz Allende-Toha de Lima. Ponderação de interesses: acesso ao emprego público versus garantia de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa consistente numa indenização. Visão crítica sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado na ADIn nº 1.770-4, a respeito da não extinção do contrato de trabalho do empregado público pela aposentadoria voluntária. A&C: revista de direito administrativo e constitucional, Curitiba, v. 7, n. 28, p. 83-113, abr./jun. 2007.

28 BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

29 Oliveira, George Felício Gomes de. Da aplicação prática de um método para resolver colisão entre princípios constitucionais: amplo acesso aos cargos públicos e proteção contra despedida arbitrária. Revista de Direito do Trabalho: RDT, v. 34, n. 132, p. 40, out./dez. 2008.

30 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 256.

34 Id. Ibid., p. 259-260.

35 d. Ibid., p. 264.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 664.

37 Id. Ibid., p. 557.

38 BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 00905-2012-411-09-00-9 - Curitiba. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 de maio de 2013. Disponível em:

<http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=5388126>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

39 BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 01942-2010-652-09-00-4 - Curitiba. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4696973>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

40 BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 00366-2013-668-09-00-6 - Curitiba. Relator: Luiz Celso Napp. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=5675302>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

41 BRASIL. TRT da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 01013-2011-562-09-00-5 - Curitiba. Relator: Sueli Gil El-Rafihi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4838007>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

42 BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

43 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista nº 1582-50.2011.5.12.0047 - Distrito Federal. Relatora: Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201582-50.2011.5.12.0047&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMejAAM&dataPublicacao=28/08/2015&localPublicacao=DEJT&query={aposentadoria%20and%20espont%E2nea}>>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

44 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista nº 396-11.2011.5.02.0066 - Distrito Federal. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20396-11.2011.5.02.0066&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMe0AAO&dataPublicacao=28/08/2015&localPublicacao=DEJT&query={aposentadoria%20and%20espont%E2nea}>>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

45 Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano. - Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 192.

46 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 163.204-6 - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Pesquisa de Jurisprudência,

Acórdãos, 09 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214228>>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

47 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais., Brasília, DF, dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

48 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 390. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 25 abr. 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 10 jun. 2017.

49 FERREIRA, Ricardo Rodrigues. A aposentadoria espontânea do empregado público como fator impeditivo para a aplicação da Súmula 390, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 77, n. 8, p. 940-949, ago. 2013.

50 BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais., Brasília, DF, dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.